

**O DIREITO À CONCEPÇÃO DERIVADO
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA E DO DIREITO DE SER FELIZ**

HELENA CARVALHO MOYSÉS

Oficial do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
helenamoyses@mp.mg.gov.br

1. Acórdão

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Apelação Cível nº 0024323-86.2008.8.19.0001

Relatora: Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves

Data do julgamento: 09/11/2011

Data da publicação: 12/03/2012

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDICAMENTOS PARA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO À FAMÍLIA. DIREITO DE SER FELIZ.

É dever do Estado garantir o planejamento familiar, seja através de métodos contraceptivos, como conceptivos. Art. 226, § 7º, da CRFB/88. Art. 294, da CERJ. Lei nº 9.263/96. Pretensão de obter medicamentos necessários ao tratamento para fertilização *in vitro* não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público. Não obstante a existência de outras formas para se ter um filho, como a adoção, por exemplo, não é

possível privar a cidadã hipossuficiente de gerar um filho em seu ventre, já que a infertilidade e o impedimento de conceber um filho pela via natural pode [sic] acarretar abalo na saúde psicológica da autora, cabendo ao Estado garantir, assim, a saúde dos seus administrados. A premissa de que não implica em [sic] risco à saúde o fato de não poder ter filho não se sustenta, mormente porque o Conselho Federal de Medicina reconhece a infertilidade como uma patologia, que pode ter consequências psicológicas e psiquiátricas, inclusive. Assim como o Estado fornece medicamentos e preservativos para contracepção, deve também fornecer os meios para a concepção àqueles que não têm condições financeiras de custear os medicamentos decorrentes do tratamento. Ademais, é dever constitucional do Estado garantir a todos o direito à vida digna, à família e a ser feliz, sendo irrefutável que a sobrevivência digna e feliz da autora se dará com a concepção do seu filho, não podendo o Estado ser presente num aspecto do planejamento familiar (contracepção) e omissor noutro (concepção). Reforma da sentença. Provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0024323-86.2008.8.19.0001, em que é Apelante RENATA RODRIGUES DE OLIVEIRA e Apelados ESTADO DO RIO DE JANEIRO e outro.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e DAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto da relatora.

2. Apresentação do caso

Trata-se de acórdão proferido em recurso de Apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reformou a sentença de primeiro grau e julgou procedente o pedido da recorrente, condenando solidariamente os recorridos Estado do Rio de Janeiro e Município de Belford Roxo a fornecerem medicamentos necessários ao tratamento para fertilização *in vitro* já que a autora sofre de infertilidade conjugal e somente conseguirá engravidar através da reprodução assistida.

A sentença, objeto do recurso, julgou improcedente o pedido sob a alegação de que a autora não tem qualquer doença grave e também não está em situação de risco de vida que justifique sua pretensão de receber os medicamentos pleiteados na ação. Para reformar a sentença, a Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves, em voto muito bem fundamentado, argumentou que a questão levada ao seu julgamento tem abrangência muito mais ampla do que a de simples fornecimento de medicamentos para tratamento de saúde. A questão suscitada envolve direitos previstos na Constituição da República, como o direito à família e à saúde, assim como o também constitucional princípio da dignidade da pessoa humana. E vai mais além, em seu voto afirma que o caso abrange o moderno direito de ser feliz, direito este decorrente do princípio constitucional citado.

3. Comentários

A Constituição da República, no capítulo destinado à família, assim dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Citada norma constitucional foi regulamentada em 1996 com o advento da Lei nº 9.263/96 que trata especificamente do planejamento familiar. Esta lei estabelece que é direito de todo cidadão o acesso às ações de regulação da fecundidade, incluídos aqui os direitos de constituição, limitação ou de aumento da prole, seja pela mulher, seja pelo homem ou pelo casal. Ainda, todas as instâncias do Sistema Único de Saúde (SUS) estão obrigadas a garantir em sua rede de serviços programa de atenção integral à

saúde que incluía, entre suas atividades, assistência à concepção e à contracepção.

Vê-se que apenas a legislação em vigor no Brasil já seria suficiente para embasar a decisão que julgou procedente o pedido da autora. Contudo, o assunto vai além disso; ele traz à baila a oportunidade de uma discussão mais profunda acerca dos direitos e princípios constitucionais, inclusive do direito de ser feliz.

Como primeiras considerações, a relatora adentra o campo da adoção e afirma que a recorrente poderia ter buscado essa via, por ser bem menos desgastante e melhor aceita socialmente, principalmente por estarmos no Brasil, país com milhares de crianças abrigadas, esperando a vez de serem adotadas. Porém, tal opinião da relatora não é suficiente para tirar da recorrente a oportunidade da realização do sonho de ser mãe, de gerar um filho em seu próprio ventre, de sentir as mudanças ocorrerem em seu corpo, de passar pela experiência do parto, o que, com certeza, ela não teria através da adoção. Concordo plenamente com a relatora, compartilho da mesma opinião que ela no que diz respeito à adoção, mas acredito que independentemente da nobreza do ato que é o de adotar, o Estado tem que garantir às pessoas o direito de ser feliz e, no presente caso, a recorrente entende que precisa ser mãe para atingir esse estado de felicidade. Mãe não só pelo afeto, o que ela atingiria plenamente pela adoção, mas mãe também biológica, com todas as sensações que isso implica.

A primeira menção ao direito de ser feliz apareceu na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, redigida em maior parte por Thomas Jefferson, e aprovada pelo Congresso Continental em 4 de julho de 1776, cujo trecho citamos:

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a *busca da felicidade*. Que, a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que,

sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a *felicidade*. (CONGRESSO CONTINENTAL, 1776, grifo nosso).

A partir daí, surgiu no direito norte-americano o princípio intitulado de *princípio da busca da felicidade*, aplicado pela Suprema Corte no julgamento do caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967), pela primeira vez. No caso citado, esse princípio foi utilizado para absolver uma mulher negra e um homem branco que foram condenados à prisão por terem contraído matrimônio. O casamento inter-racial era vedado em alguns Estados americanos.

No Brasil, não há legislação explícita acerca do princípio da busca da felicidade. No entanto, a Constituição da República de 1988, logo em seu artigo 1º, inciso III, trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Não há dúvidas de que o direito de ser feliz decorre desse princípio. Nas palavras de Saul Tourinho (2008):

[...] O princípio da busca da felicidade, portanto, surge como princípio constitucional implícito, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais.

Assim, constata-se que além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana do qual decorre o direito de ser feliz, há, no ordenamento jurídico pátrio, normas explícitas, constitucionais e infraconstitucionais, que garantem à recorrente o direito de ter custeado pelo Estado o tratamento para submeter-se à fertilização *in vitro*.

Há que se considerar que a infertilidade pode causar à mulher e/ou ao homem problemas de ordem psicológica, o que afeta diretamente a saúde. Por esse motivo, não pode prosperar o argumento contrário usado pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Município de Belford

Roxo de que a recorrente não possui doença grave que justifique o custeio dos medicamentos, conforme pleiteado.

A CR/88, em seu art. 6º, traz o direito à saúde elencado no rol dos direitos sociais. Ainda, o inciso II do art. 23 do mesmo diploma legal, dispõe que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. E mais, no art. 196, o constituinte afirmou que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”, sem fazer distinção entre os entes federados.

Art. 6º *São direitos sociais* a educação, *a saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – *cuidar da saúde* e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso).

Pela análise dos dispositivos constitucionais citados, conclui-se que a responsabilidade é solidária entre o Estado do Rio de Janeiro e o Município de Belford Roxo. Portanto, a decisão foi acertada ao condenar solidariamente os recorridos a custearem o tratamento para a recorrente. Frisa-se que a infertilidade poderia trazer vários transtornos psicológicos e, até mesmo, psiquiátricos à recorrente, o que abalaria sua saúde como um todo.

Atualmente, o Estado fornece vários métodos contraceptivos, como preservativos feminino e masculino, e pílulas anticoncepcionais, distribuídos gratuitamente à população em postos de saúde e hospitais, além de disponibilizar métodos irreversíveis como a ligadura de trompas e a vasectomia. Há, também, várias campanhas educativas com ampla divulgação na mídia que trazem informações sobre a importância de se utilizar tais métodos. E, ainda, existem programas de controle de natalidade através dos quais as pessoas recebem orientação e acompanhamento de médicos, enfermeiros, psicólogos e assistentes sociais para tirar suas dúvidas a respeito do tema.

Não há engano quanto à atuação governamental através da elaboração de políticas públicas que visam ao controle de natalidade. Contudo, não se pode esquecer de que o planejamento familiar não configura apenas a contracepção. É dever do Estado incentivar e custear os métodos concepcionais, uma vez que a Constituição da República, ao tratar do planejamento familiar, não fez distinção entre um e outro.

Outro ponto que não pode deixar de ser suscitado refere-se à situação financeira da recorrente. Não é justo que uma mulher, rica, que possui recursos para arcar com o tratamento para fertilização *in vitro*, possa gerar o próprio filho enquanto a recorrente, hipossuficiente financeiramente, não consegue engravidar e, muito menos, planejar sua família com filhos biológicos como deseja. Verifica-se aqui uma violação ao princípio da isonomia, sendo, portanto, dever do Estado atuar de maneira a diminuir as desigualdades entre os governados.

Pertinente então citar a definição de ‘igualdade’ no discurso intitulado “Oração aos Moços”, proferido por Rui Barbosa, como paraninfo da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a

iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (RUI BARBOSA, 1920).

3. Conclusão

No caso em tela, restou evidente que o fornecimento de medicamentos pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Município de Belford Roxo para o tratamento de fertilização *in vitro* é direito da recorrente, garantido pela Constituição da República e pela legislação infraconstitucional que regulamenta o assunto.

A CRF/88 dispõe que compete ao Estado fornecer recursos educacionais e científicos para que o casal, livremente, planeje sua família. Além disso, coloca o direito à saúde entre os direitos sociais e afirma que todos os entes federados são responsáveis pelo zelo à saúde.

Observa-se, também, que um dos princípios que fundamenta o Estado Democrático de Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja decorrência lógica é o princípio da busca da felicidade. A recorrente entende que, para atingir esse estado de felicidade, é necessário que consiga engravidar e gerar um filho em seu ventre. Assim, é dever do Estado fornecer meios para que a recorrente atinja seu objetivo, principalmente se for levada em consideração que a infertilidade pode vir a causar prejuízos à saúde psicológica da recorrente.

Salienta-se, por fim, que o planejamento familiar engloba o direito de constituição, limitação ou de aumento da prole, seja pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Ora, se o Estado oferece a seus governados métodos variados de contracepção, também tem que fornecer meios para a concepção.

Desse modo, conclui-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através do voto da Des. Teresa Castro Neves, decidiu acertadamente ao obrigar o Poder Público a custear para a recorrente os medicamentos que possibilitem a fertilização *in vitro*.

4. Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo, 1920. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmococ.html>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

BRASIL. Constituição da República, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congresso Continental. *Declaração da Independência dos Estados Unidos*, de 4 de julho de 1776. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/estados-unidos/declaracao-daindependencia.php>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

LEAL, Saul Tourinho. *O princípio da busca da felicidade como postulado universal*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/118/90>>. Acesso em: 20 abr. 2012.